

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. /C8/....

Data:

Prin contestația nr., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr., formulată de, cu sediul în, înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr., CUI, reprezentată legal prin, în calitate de Președinte al Consiliului de Administrație, împotriva rezultatului procedurii de atribuire emis de către, cu sediul în, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificate în vederea atribuirii contractului având ca obiect „.....”, s-a solicitat:

- anularea raportului procedurii nr. și a tuturor actelor subsecvente acestuia, în ceea ce privește modul de evaluare a ofertei depuse de
- anularea comunicării nr.;
- obligarea autorității contractante la reanalizarea ofertei, inclusiv prin solicitare de clarificări.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR,
asupra cauzei de față, constată următoarele:

Prin contestația formulată, ..., în calitate de operator economic participant la procedura simplificată, critică decizia autorității contractante de respingere a ofertei sale, ca neconformă, potrivit dispozițiilor art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016.

Autoarea contestației consideră că respingerea ofertei sale fără a i se solicita o clarificare este vădit disproporționată, în raport cu abaterea tehnică săvârșită, mai ales că abaterea este rezultatul unui viciu de formă, fiind vorba despre o eroare, respectiv inversarea persoanelor propuse pentru funcțiile de coordonator de proiect și de șef de șantier.

Totodată, apreciază că autoritatea contractantă trebuia să-i solicite clarificări cu privire la calificarea persoanei propuse ca șef de șantier, având în vedere faptul că o eventuală modificare, în acest sens a propunerii tehnice, se încadra în categoria viciilor de formă sau în categoria unor abateri tehnice minore, potrivit art. 134 alin. (7) și (8) din HG nr. 395/2016.

De asemenea, arată că se impunea solicitarea de clarificări și prin prisma faptului că experții solicitați prin caietul de sarcini reprezentau propuneri la acest moment, aceștia urmând a fi numiți prin decizie după semnarea contractului.

Tot în etapa de execuție a lucrărilor, este prevăzut, atât în caietul de sarcini (subcapitolul 7.3), cât și la art. 162 din HG nr. 365/2016, posibilitatea de înlocuire a experților, cu atât mai mult cu cât experiența/calificarea acestora nu a reprezentat un factor de evaluare.

Subliniază faptul că solicitarea autorității contractante din caietul de sarcini a fost ca agenții economici participanți să aibă acces la personal specializat pentru execuția lucrărilor, așa cum este și titlul *capitolului 7. Resurse necesare pentru realizarea activităților în Contract și obținerea rezultatelor*, documentele justificative putând fi transmise după semnarea contractului.

Cum menționarea experților, așa cum aceștia se regăsesc în oferta tehnică depusă de, nu a fost o cerință expresă a autorității contractante, este evident faptul că inversarea personalului nu reprezintă nicio modificare a ofertei, deoarece este vorba despre aceleași persoane.

Drept urmare, consideră că autoritatea contractantă trebuia să solicite clarificări înainte de a declara neconformă oferta sa.

Astfel, consideră că se impune reanalizarea ofertei sale și prin prisma faptului că există o diferență de preț semnificativă între valoarea

ofertei declarate câștigătoare (.... lei) și valoarea ofertei depuse de (..... lei).

Astfel, având în vedere că eroarea din oferta sa tehnică este un viciu minor de formă și că prin îndreptarea acestuia nu i se conferă niciun avantaj, apreciază că reducerea costurilor autorității contractante cu lei (aproximativ 8% din valoarea ofertei declarate câștigătoare) este un motiv suplimentar pentru a i se solicita clarificări cu privire la oferta tehnică și pentru a accepta inversarea rolului persoanelor propuse.

În temeiul art. 19 din Legea nr. 101/2016, contestatoarea solicită acces la dosarul achiziției.

Prin punctul de vedere nr., înregistrat la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr., ... a solicitat respingerea contestației formulate de, ca nefondată.

Pe cale de excepție, solicită respingerea contestației în cazul în care contestatoarea *„nu a constituit cauțiunea în cuantumul stabilit la art. 61¹ din Legea nr. 101/2016 și prin depunere în numerar, potrivit art. 1058 (1) din CPC. În acest sens, înțelegem să declarăm în mod expres că nu suntem de acord cu constituirea cauțiunii prin instrumente financiare care pot servi ca instrument de plată”*.

În ceea ce privește persoana nominalizată de contestatoare în funcția de șef de șantier, autoritatea contractantă arată că, prin cerințele caietului de sarcini/subcap. 7.1, s-au solicitat următoarele: *„Șef de Șantier - 1 persoana - absolvent studii superioare, licențiat al unei Facultăți/Universități de Construcții, domeniul Drumuri și Poduri; experiența profesională în poziția de Șef de Șantier/Adjunct Șef de Șantier; experiența profesională specifică min. 3 ani în contracte de lucrări în infrastructura de transport rutier ”*

Astfel, arată că, la analiza resurselor necesare pentru realizarea activităților, comisia de evaluare a constatat că ofertantul a declarat în propunerea tehnică, la pag. 25, personalul disponibil și propus pentru desfășurarea contractului, după cum urmează:

Funcția	Numele și prenumele	Calificări profesionale
Coordonator Proiect		Diploma de Subinginer nr.; facultatea de
Șef de șantier		Diploma de inginer constructor nr. - Decizie de numire nr.- SC

Responsabil tehnic cu execuția		Autorizație nr.
Manager calitate		CQ-Autorizație nr.
Responsabil SSM		(Certificat nr.; Certificat nr. Ministerul Muncii
Manager mediu		Certificat nr. Certificat nr. Ministerul Muncii

De asemenea, arată că, la pag. 37-45 din propunerea tehnică, documentele prezentate pentru, propus de ofertant și disponibil pentru funcția de șef de șantier sunt: diploma de inginer emisă de - specializarea Construcții Civile și Industriale; Contract individual de muncă nr., angajator, salariat în funcția de inginer construcții civile și industriale; Decizie nr. emisă de, prin care inginerul este numit șef șantier începând cu data de și CV.

Actele prezentate pentru sunt pentru a demonstra cerințele solicitate în caietul de sarcini pentru șeful de șantier, iar comisia de evaluare nu a considerat că trebuie să îi solicite clarificări cu privire la specializarea acestuia menționată în diploma de inginer.

Mai mult, precizează că din CV-ul prezentat reiese experiența profesională a lui doar în calitate de Inginer constructor - Șef Șantier în cadrul lucrărilor de construcții civile, și nu reiese că a participat în poziția de Manager de proiect în cadrul lucrărilor de construcții civile menționate.

Astfel, comisia de evaluare a constatat că - propus șef de șantier nu îndeplinește cerințele din caietul de sarcini cu privire la specializare, respectiv *domeniul Drumuri și Poduri* și a considerat oferta neconformă în baza art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare, coroborat cu art. 215 alin. (5) din

Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare și respinsă în baza art. 137 alin (1) din HG nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Or, respectarea prevederilor legale și a documentației de atribuire nu poate fi considerată formalism exagerat, o atitudine diferită din partea comisiei ar fi putut fi considerată nelegală și părtinitoare pentru un anumit ofertant.

În aceeași ordine de idei, în ceea ce privește susținerile contestatoarei, potrivit cărora autoritatea contractantă, înainte de a declara neconformă oferta, avea obligația de a solicita clarificări, precizează că, în conformitate cu prevederile art. 134 alin. (1) din HG nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare: "*Comisia de evaluare are obligația de a stabili care sunt clarificările și completările formale sau de confirmare, necesare pentru evaluarea fiecărei solicitări de participare/oferte (...)*" și nicidecum nu este obligată să solicite clarificări.

Referitor la susținerile contestatoarei, conform cărora respingerea ofertei sale, fără a i se solicita clarificări, mai ales că abaterea este rezultatul unui viciu de formă, fiind vorba despre o eroare, respectiv inversarea persoanelor propuse pentru funcțiile de coordonator de proiect și de șef de șantier, autoritatea contractantă precizează că întocmirea în mod corect a ofertei intră în sarcina ofertantului, iar "inversarea persoanelor" este răspunderea exclusivă a acestuia pe care și-o asumă și nu intră în categoria viciilor de formă.

Totodată, autoritatea contractantă, raportat la *Îndrumarea privind modul de tratare a abaterilor tehnice minore, viciilor de formă și a erorilor aritmetice în cadrul procesului de evaluare a ofertelor* a ANAP, consideră că nu se regăsește în situația unei abateri tehnice minore, având în vedere că abaterile tehnice minore se referă inclusiv la omisiuni clare, dar a căror corectare este posibilă, însă numai dacă ele sunt nesemnificative, în ansamblul ofertei, așa cum dispun prevederile art. 134 alin. (8) din HG nr. 395/2016.

Prin adresa nr., înregistrată la Consiliu cu nr., autoritatea contractantă a transmis, în format optic, documente din dosarul achiziției.

Prin adresele nr., Consiliul a dat curs solicitării contestatoarei, de acces la dosar, în temeiul art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, însă, prin adresa nr., înregistrată la Consiliu cu nr., aceasta a comunicat că nu se poate prezenta la sediul CNSC în vederea studierii dosarului.

Consiliul constată că societatea a înaintat Consiliului contestația de față, depunând, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr., emisă de în data de, stabilită potrivit art. 61¹ din Legea nr. 101/2016, în cuantum de lei. În aceste condiții, Consiliul constată că a constituit, în mod legal, cauțiunea aferentă contestației, cu respectarea cuantumului și a termenului, motiv pentru care va respinge, ca nefondată, excepția invocată de autoritatea contractantă.

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele:

....., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat o procedură simplificată, în vederea atribuirii contractului având ca obiect „.....”, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare, criteriul de atribuire aplicat fiind „prețul cel mai scăzut”. Valoarea totală estimată a contractului ce urmează a fi atribuit este de lei, fără TVA.

Nemulțumită de rezultatul procedurii, comunicat prin adresa nr., ... a formulat prezenta contestație solicitând cele menționate în partea introductivă.

Potrivit adresei de comunicare a rezultatului procedurii, oferta contestatoarei a fost respinsă, ca neconformă, în baza art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016, întrucât nu respectă cerințele caietului de sarcini, respectiv: *„(...) comisia de evaluare a constatat că ofertantul a prezentat, pentru – propus în calitate de ȘEF DE ȘANTIER, diploma de inginer emisă de Institutul Politehnic Traian Vuia – Facultatea de Construcții – specializarea Construcții Civile și Industriale (...) nu poate fi asimilată cu specializarea (domeniul) Drumuri și Poduri solicitată în subcap. «7.1 Numărul de experți pe categorie de activitate necesară din caietul de sarcini pentru Șeful de șantier, respectiv: Șef de șantier – 1 persoană – absolvent studii superioare, licențiat al unei*

Facultăți/Universități de Construcții, domeniul Drumuri și Poduri (...)»
..... – propus în calitate de Șef de șantier nu îndeplinește cerința din caietul de sarcini cu privire la domeniul solicitat, respectiv Drumuri și Poduri (...)”.

Cu privire la acest aspect, Consiliul constată că, în caietul de sarcini, la cap. 7. *Resursele necesare pentru realizarea activităților în contract și obținerea rezultatelor*, începând cu pagina 11, s-a stabilit: „Șef de șantier - 1 persoană – absolvent studii superioare, licențiat al unei Facultăți/Universități de Construcții, domeniul Drumuri și Poduri; experiență profesională în poziția de Șef de Șantier/Adjunct Șef de Șantier; experiență profesională specifică min 3 ani în contracte de lucrări în infrastructura de transport rutier. Responsabilități ale șefului de șantier: (...)”.

În vederea îndeplinirii cerințelor, Consiliul constată că a depus următoarele documente: diploma de inginer emisă de – specializarea Construcții Civile Industriale și Agricole; contract individual de muncă; decizia de numire Șef șantier; CV. Totodată, în cadrul propunerii tehnice, s-a nominalizat în funcția de Șef de șantier.

Analizând, comparativ, cerințele caietului de sarcini cu conținutul ofertei depuse de, Consiliul constată că acest ofertant nu a făcut dovada că persoana nominalizată în funcția de Șef de șantier, în persoana lui, este licențiat al unei Facultăți/Universități de Construcții, domeniul Drumuri și Poduri, așa cum s-a solicitat.

Totodată, Consiliul constată că niciun operator economic nu a contestat documentația de atribuire, drept pentru care toate prevederile ei și-au consolidat forța obligatorie atât pentru autoritatea contractantă, cât mai ales pentru operatorii economici participanți la procedura de atribuire. La acest moment, nu pot fi emise pretenții sau critici vizavi de prevederile documentației de atribuire, întrucât ar fi vădit tardive, raportat la termenul prescris de Legea nr. 101/2016.

În concluzie, documentația de atribuire acceptată implicit de toate părțile implicate le impunea să îi urmeze cu strictețe prescripțiile, sens în care dispune și art. 75 din Legea nr. 98/2016 – ofertantul depune oferta elaborată în conformitate cu informațiile și cerințele prevăzute în documentele achiziției, precum și art. 123 alin. (1) din HG nr. 395/2016 – ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire. Prin depunerea ofertelor la procedură, se presupune că ofertanții și-au însușit documentația de atribuire fără rezerve, ceea ce înseamnă că nu li se poate scuza nicio abatere de la prescripțiile ei, opozabile în cel mai mic detaliu (relevantă în acest sens este atât practica CNSC cât și a instanțelor de judecată: decizia nr. 1555 din 6 martie 2012

a Curții de Apel Craiova, Secția de contencios administrativ și fiscal; decizia nr. 916/CA/2019-R din 8 noiembrie 2019 a Curții de Apel Oradea, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal).

Luând în considerare aspectele prezentate, Consiliul nu poate reține ca temeinice susținerile contestatoarei cu privire la faptul că, „fiind vorba despre o eroare, respectiv inversarea persoanelor propuse pentru funcțiile de coordonator de proiect și de șef de șantier”, autoritatea contractantă trebuia să-i solicite clarificări, având în vedere, pe de o parte, faptul că riscul întocmirii ofertelor (stabilirea personalului nominalizat în cadrul procedurilor de atribuire ca și personal de specialitate necesar pentru îndeplinirea contractului) cade în sarcina operatorului economic, el neputând să își invoce propria culpă ca motiv al întocmirii ofertei potrivit principiului „*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*”, iar, pe de altă parte, faptul că autoritatea contractantă a menționat, în mod expres, care sunt cerințele pe care șeful de șantier nominalizat de ofertanți trebuie să le îndeplinească.

Având în vedere că toate documentele din propunerea tehnică (lista cu personalul propus, CV, contract de muncă, decizie numire în funcția de șef șantier) demonstrează că a fost propus pentru postul șef de șantier, Consiliul constată că nu se poate pune în discuție existența unei erori materiale, întrucât aceasta nu este susținută de alte informații din ofertă, deci nu devin incidente prevederile art. 135 alin. (3) din HG nr. 395/2016 [*În sensul dispozițiilor alin. (1), viciile de formă reprezintă acele erori sau omisiuni din cadrul unui document a căror corectare/completare este susținută în mod neechivoc de sensul și de conținutul altor informații existente inițial în alte documente prezentate de ofertant sau a căror corectare/completare are rol de clarificare sau de*

confirmare, nefiind susceptibile de a produce un avantaj incorect în raport cu ceilalți participanți la procedura de atribuire.].

De altfel, nici contestatoarea nu a reușit să demonstreze, prin argumentele aduse criticilor sale, existența în ofertă a informațiilor care să susțină presupusa eroare.

Or, în cazul în care o ofertă nu îndeplinește, în mod corespunzător, cerințele caietului de sarcini este considerată, în conformitate cu dispozițiile art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016, neconformă.

De subliniat, în acest context, este obligația corelativă a autorității contractante de a verifica capacitatea ofertanților de a îndeplini contractul sub toate aspectele sale.

Raportat la cele evocate și ținând seama că printre atribuțiile comisiei de evaluare sunt și cele de verificare a conformității propunerilor tehnice la prevederile caietului de sarcini, așa cum este prevăzut la art. 127 alin. (1) lit. f) din HG nr. 395/2016, Consiliul constată că această verificare s-a făcut cu rigurozitatea impusă de legislația în domeniu și, pe cale de consecință, critica contestatoarei privind nelegalitatea evaluării proprii oferte este nefondată, urmând să fie respinsă.

În fapt, prin contestația, petenta încearcă o negociere cu autoritatea contractantă, în sensul transformării ofertei sale vădit neconforme, într-una conformă. Eventuala acceptare, de către autoritatea contractantă, a acestei modificări a ofertei, ar reprezenta o încălcare a principiului tratamentului egal, statuat la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

În acest sens s-a pronunțat și CJUE, în hotărârea sa din 11 mai 2017, cauza C 131/16 Archus:

„27 Principiul egalității de tratament și obligația de transparență se opun de asemenea oricărei negocieri între autoritatea contractantă și un ofertant în cadrul unei proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice, ceea ce implică faptul că, în principiu, o ofertă nu poate fi modificată după depunerea sa nici la inițiativa autorității contractante, nici la cea a ofertantului (a se vedea în acest sens Hotărârea din 29 martie 2012, SAG ELV Slovensko și alții,

C-599/10, EU:C:2012:191, punctul 36, precum și Hotărârea din 10 octombrie

2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, punctul 31).

28 Astfel, a permite autorității contractante să solicite unui candidat a cărui ofertă o apreciază a fi imprecisă sau neconformă cu specificațiile tehnice din caietul de sarcini clarificări în această privință ar implica riscul de a se considera că această autoritate contractantă, în cazul în care oferta candidatului respectiv ar fi în final reținută, a negociat în mod confidențial această ofertă, în detrimentul celorlalți candidați și cu încălcarea principiului egalității de tratament (Hotărârea din 29 martie 2012, SAG ELV Slovensko și

alții, C-599/10, EU:C:2012:191, punctul 37).”

Pentru considerentele anterior expuse, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca nefondată contestația formulată de către, în contradictoriu cu

Prezenta decizie va fi obligatorie pentru părțile cauzei potrivit dispozițiilor art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Împotriva prezentei decizii se va putea formula plângere la instanța de judecată competentă, atât pentru motive de nelegalitate, cât și de netemeinicie, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate potrivit prevederilor art. 29 și 32 din Legea nr. 101/2016.

Pentru aceste motive,
în baza legii și a mijloacelor de probă aflate la dosar,

CONSILIUL DECIDE:

Respinge, ca nefondată, excepția invocată de autoritatea contractantă.

Respinge ca nefondată contestația formulată de către, în contradictoriu cu

Prezenta decizie este obligatorie pentru părțile cauzei.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate.

PREȘEDINTE,

.....

MEMBRU,

.....

MEMBRU,

.....